

VU Research Portal

Winstalloctie vaste inrichtingen (2)

Potgens, F.P.G.; Stevens, A.J.A.

published in

NTFR Beschouwingen
2011

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Potgens, F. P. G., & Stevens, A. J. A. (2011). Winstalloctie vaste inrichtingen (2). *NTFR Beschouwingen*, 6(2011/25), 24-30.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Winstallocatie vaste inrichtingen (2)

Besluit van 15 januari 2011, nr. IFZ2010/457M, NTFR 2011/410
Art. 7, OESO-Modelverdrag

In NTFR-B 2011/19 zijn de auteurs met name ingegaan op de meer formeelrechtelijke aspecten van het hier te bespreken besluit. In dit tweede deel komende materieelrechtelijke aspecten aan de orde.

4. Winstallocatie vaste inrichtingen

4.1. Algemeen

In navolging van het PE-Report spreekt het Besluit zijn voorkeur uit voor de als Authorised OECD Approach ('AOA') aangemerkte 'functionally separate entity approach'. Op basis hiervan moet voor de toerekening van winsten aan een vaste inrichting (hierna: vi) worden uitgegaan van de hypothese dat de resultaten van het hoofdhuis aan de vi zouden moeten worden toegerekend die de vi at arm's length behaald zou hebben indien zij een juridisch zelfstandige onderneming zou zijn die dezelfde activiteiten zou verrichten onder dezelfde of soortgelijke omstandigheden. Onder verwijzing naar het PE-Report wordt opgemerkt dat de AOA twee stappen vereist: (i) een functionele en feitelijke analyse op basis waarvan activa, risico's alsmede vermogen aan de vi wordt gealloceerd, (ii) de winst van de vi wordt bepaald op basis van de analyse in de eerste stap en het arm's length-beginsel wordt toegepast.

Voor de allocatie van activa en risico's onder de eerste stap dient aangesloten te worden bij de

plaats waar de 'significant people functions' ('s.p.f.'s') worden uitgeoefend (zie nader onder 5).

4.2. Vermogensallocatie

Een belangrijk onderdeel van de eerste stap is de vermogensallocatie waarbij eerst het eigen en daarna het vreemd vermogen wordt toegerekend aan de vi. Uitgangspunt hierbij is dat aan de vi voldoende eigen vermogen wordt toegerekend ter ondersteuning van de aan haar toegerekende activiteiten, activa en risico's. Vandaar dat de toerekening van het vermogen plaatsvindt na de allocatie van de activa en risico's op basis van een functionele analyse. Deze benadering is niet in overeenstemming met de Nederlandse praktijk zoals die geformuleerd is in de jurisprudentie van de Hoge Raad op basis waarvan eerst (extern) vreemd vermogen causaal wordt toegerekend en de rest (het kapitaal) een sluitpost vormt (waaraan uiteraard geen interest kan worden toegekend).¹ Wij menen dat het zeer de vraag is of het primaat van de kapitaaltoerekening dat het Besluit verwoordt ook kan worden toegepast op bestaande Nederlandse belastingverdragen (met in achtname van hetgeen onder 2.2 is vermeld) aangezien daarvoor geen of onvoldoende basis bestond in de daarvoor existierende versies van het OESO-commentaar.² Hierbij kan uiteraard een rol spelen of men onder de bestaande Nederlandse praktijk van mening is dat aan elke vi een zeker eigen vermogen dient te worden toegerekend. Naar onze mening is dat overigens niet het geval.³

- 1 Zie, onder meer, HR 23 januari 2004, nr. 37.893, NTFR 2004/99 (swapovereenkomst), BNB 2004/214 en HR 25 november 2005, nr. 40.858, NTFR 2005/1719 (Bis-ratio), BNB 2007/117. In dezelfde zin Pijl, NTFR, a.w., onderdeel 5.1.1 en Sahin en le Blanc, onderdeel 5.2.
- 2 Zie ook Pijl, NTFR, a.w. onderdeel 5.1.1 en Sahin en le Blanc, onderdeel 5.2.
- 3 Zie ook Kemmeren, 'Vermogensetikettering bij een vaste inrichting (deel 2)', WFR 2003, p. 217 die zulks uit HR 7 mei 1997, nr. 30.294, BNB 1997/263 afleidt waarin de Hoge Raad alleen kijkt naar de causale relatie tussen de schuld en het

activum. Hoogterp, a.w., p. 1092 en A-G Wattel (in zijn conclusie die is gepubliceerd in BNB 2007/11, punt 8.3) zijn een andere mening toegedaan. Hoogterp leidt dit af uit HR 25 november 2005, nr. 40.858, BNB 2007/117, NTFR 2005/1719 (Bis-ratio) en baseert dit op de zinsnede 'dat in beginsel ieder activum in zekere mate gedekt wordt door eigen vermogen en de toepassing van het at arm's length-beginsel door de Hoge Raad. Hier kan tegen in worden gebracht dat (i) de Hoge Raad dit uitgangspunt pas toestaat voor gevallen waarin niet is na te gaan of er een band tussen schulden en activa bestaat (zoals bij de

bank in het Bis-ratio-arrest) en (ii) de Hoge Raad de term 'in beginsel' hanteert waarna de belastingplichtige de mogelijkheid heeft om de causale band tussen de schulden en de activa aannemelijk te maken (waarin de belastingplichtige in het Bis-ratio-arrest niet was geslaagd). Verder is bij een niet-financiële instelling de relatie tussen activa en schulden beter te traceren en aan te tonen dan bij een bank. Wij menen dan ook, evenals annotator De Vries in BNB 2007/117, dat het Bis-ratio-arrest geen verandering heeft gebracht in de benadering van de Hoge Raad en dat hij nog altijd geen minimum eigen vermogen in de vi eist.

Het PE-Report noemt een viertal methoden die kunnen worden gehanteerd voor de allocatie van eigen vermogen aan een vi: (i) de Capital Allocation Approach, (ii) de Thin Capitalisation Approach, (iii) de Economic Allocation Approach en (iv) de Safe Harbour Approach.⁴ Methode (iii) en (iv) zijn met name voor banken bestemd. Het PE-Report spreekt geen voorkeur uit voor (i) of (ii); welke methode wordt gehanteerd hangt af van de omstandigheden van een specifiek geval waarbij als ondergrens geldt dat het resultaat at arm's length moet zijn. In weerwil van het vorenstaande spreekt het Besluit een voorkeur uit voor de Capital Allocation Approach⁵ (het eigen vermogen wordt toegerekend aan de vi naar rato van de activa en risico's die aan de vi moeten worden gealloceerd).⁶ Het Besluit staat alleen een afwijking toe op de toepassing van de Capital Allocation Approach in een situatie dat de generale onderneming als geheel niet at arm's length is gefinancierd. Heeft deze generale onderneming te weinig eigen vermogen, dan zou een evenredige toerekening aan de vi ook een te laag bedrag aan eigen vermogen opleveren met als gevolg een te hoge rentelast. In een dergelijk geval dient volgens het Besluit de Thin Capitalisation Approach (er wordt vereist dat de vi hetzelfde eigen vermogen heeft als een vergelijkbare niet-gelieerde onderneming) te worden toegepast.⁷ Naar onze mening kan een belastingplichtige de Thin Capitalisation Methode ook toepassen in de situatie van een te hoog vermogen en een te lage schuld, te meer daar zulks door het PE-Report⁸ uitdrukkelijk wordt genoemd en erkend.⁹

4.3. De toerekening van de rentelast

Behalve het toerekenen van eigen en vreemd vermogen, dient er ook een arm's length-rentelast aan de vi te worden toegerekend. Het Besluit is van mening dat in dezen de Fungibility Approach moet worden gevolgd op basis waarvan de rente mathematisch dient te worden toegerekend. De jurisprudentie gaat duidelijk uit van een historisch causale toerekening, d.w.z. de Tracing Approach (het PE-Report¹⁰ laat een dergelijke benadering evenzeer toe).¹¹ Een belastingplichtige kan een dergelijke Tracing Approach naar

onze mening dan ook toepassen en is niet gebonden aan de door het Besluit gemaakte keuze.¹²

Opvallend is naar onze mening de afwijzende houding in het Besluit ten opzichte van interne rente daar waar de bestaande rechtspraak (in HR 8 november 1989, nr. 25.089, BNB 1990/36 was sprake van een interne schuld/leverancierskrediet die kon worden erkend vanwege haar zakelijke en met de vi verbonden karakter zodat het valuta-verlies daarop aftrekbaar was)¹³, alsmede het PE-Report en het 2010-Commentaar op art. 7 OMV Nieuw, het in aanmerking van rente toestaan (zoals in de situatie dat de vi of een ander onderdeel van de onderneming een treasury-functie vervult).

4.4. Vermijding van dubbele belasting

Het Besluit merkt op dat doordat het PE-Report niet kiest voor de ene of de andere methode het risico aanwezig is dat landen een verschillende allocatie van eigen vermogen hanteren of de toerekening van rentelasten verschillend benaderen waardoor dubbele belasting of dubbele vrijstelling kan optreden. Een verschil in toerekening van rentelasten tussen verschillende staten en de daaruit voortvloeiende dubbele belasting moet via de mutual agreement-procedure (art. 25 OMV) worden opgelost.

Indien staten de vermogensallocatie verschillend benaderen waardoor over een deel van de winst geen belasting wordt geheven, dient deze onevenwichtigheid volgens het Besluit te worden voorkomen of opgeheven. In het Besluit wordt echter op geen enkele wijze aangegeven hoe dit dan zou moeten geschieden.

Voor situaties waarin art. 7 OMV Oud van toepassing is, tracht par. 48 van het 2008-commentaar een oplossing te formuleren voor een door staten verschillend gehanteerde vermogensallocatie. Deze oplossing bestaat erin dat par. 48 voorschrijft dat de methode moet worden gevolgd die de staat waar de vi is gelegen, toepast, tenminste indien: (i) de verschillende benadering in beide staten het gevolg is van de keuzen die zijn veran-

4 Par. 169-172 van het PE-Report.

5 Zie voor kritiek op deze keuze (en met name op de praktische en administratieve problemen waar de Capital Allocation Approach toe kan leiden), Pijl NTFR, a.w., onderdeel 5.3.

6 Par. 155-161 van het PE-Report.

7 Par. 163-168 van het PE-Report.

8 Par. 152 van het PE-Report.

9 In dezelfde zin Pijl, NTFR, a.w., onderdeel 5.2.

10 Par. 191.

11 Zie Pijl, NTFR, a.w., onderdeel 5.1.2 en de aldaar genoemde jurisprudentie.

12 Sahin en le Blanc, onderdeel 5.2.

13 In HR 7 mei 1997, nr. 30.294, BNB 1997/293 en HR 7 mei 1997, nr. 31.795, BNB 1997/294 was sprake van intern niet-erkenbaar vreemd vermogen waardoor geen interne interest in aanmerking mocht worden genomen.

kerd in wet- en regelgeving, (ii) de allocatie in de vi-staat in overeenstemming is met de AOA, en (iii) het resultaat at arm's length is. Het is overigens de vraag of deze oplossing ook van toepassing is op verdragen die voor 2008 zijn gesloten (toen par. 48 in het Commentaar is opgenomen) wanneer een dynamische toepassing van het Commentaar wordt afgewezen. Daarenboven zal een verschil van inzicht omtrent de kapitalisatie van een vi doorgaans een gevolg zijn van een andere interpretatie van de feiten of van art. 7 OMV (en dus niet voortkomen uit een referte naar het nationale recht) waardoor geen sprake is van een kwalificatieconflict in de zin van par. 32.3 van het Commentaar op art. 23 OMV (bij een kwalificatieconflict volgt de woonstaat de kwalificatie van de bronstaat; Nederland heeft hierop overigens een voorbehoud gemaakt), maar van een interpretatieconflict (overeenkomstig par. 32.5 van het commentaar op art. 23 OMV) dat via de mutual agreement-procedure moet worden opgelost.¹⁴

5. Het begrip 'significant people functions' versus 'control'

In het PE-Report wordt een poging gedaan het arm's length-beginsel van art. 9 OMV zoveel mogelijk analoog toe te passen. Het Besluit grijpt deze analogie – conform de reeds langer bestaande praktijk van de Belastingdienst – aan ook de uitgangspunten die worden gehanteerd bij de risicoallocatie bij transacties tussen gelieerde vennootschappen zo veel mogelijk overeen te laten komen met de risicoallocatie zoals die bij de winstbepaling van een vi worden gehanteerd. In het PE-Report wordt voor de risicoallocatie het begrip 'significant people functions' (hierna: 's.p.f.'s') geïntroduceerd. Overigens zonder al te veel concrete uitwerking wat onder dit begrip dient te worden verstaan.¹⁵ In het Besluit worden de 's.p.f.'s'¹⁶ aangemerkt als die functies die betrekking hebben op het actief nemen van beslissingen over het aangaan en beheren van de risico's van de activiteiten binnen de onderneming. Onder verwijzing naar het PE-Report stelt het Besluit vast dat het daarbij met name gaat om de zogenoemde 'day-to-day'-activiteiten die bij de bedrijfsvoering van een onderneming een bepa-

lende rol spelen. In de OESO Transfer Pricing Guidelines (hierna: 'de TP Guidelines') wordt voor de toerekening van risico's het begrip 'control' gebruikt. Daarmee komt de vraag op wat nu precies de relatie is tussen de 's.p.f.'s' uit PE-Report en het begrip 'control' in de TP Guidelines. Volgens het Besluit lijkt 'control' te suggereren dat de activiteiten van partijen die 'control' uitoefenen mogelijk functioneel iets verder afstaan van de 'day-to-day'-activiteiten waaraan de 's.p.f.'s' refereren. Omdat het uitgangspunt van het PE-Report is de AOA zoveel als mogelijk te laten aansluiten bij het arm's length-beginsel gaat de staatssecretaris in het Besluit ervan uit dat er een hoge mate van overlap zit in de uitleg van de begrippen 'control' en 's.p.f.'s', zodat het bij de uitleg van de beide begrippen in feite gaat om de 'day-to-day'-activiteiten ten aanzien van de risicobeheersing. Als voorbeeld van deze gelijkstelling wordt verwezen naar de analyse die in paragraaf 3 van het besluit van 21 augustus 2004, nr. IFZ2004/680M, NTFR 2004/1282, BNB 2004/407 wordt gegeven van de rol van de principaal met betrekking tot de uitvoering van researchactiviteiten waarbij een aantal voorbeelden wordt gegeven. De staatssecretaris is van mening dat de conclusies niet principieel anders kunnen zijn in de situatie dat de desbetreffende activiteiten van de onderneming uit de aangehaalde voorbeelden door middel van een vi worden uitgevoerd.

6. Dealings

6.1. Algemeen

Het PE-Report onderscheidt transacties tussen gelieerde vennootschappen ('transactions') en tussen hoofdhuis en vi c.q. overige vi's ('dealings'). Op enige categorieën 'dealings' (concerndiensten, immateriële vaste activa, en financiële transacties) wordt in het Besluit nader ingegaan.

6.2. Concerndiensten

Ten aanzien van concerndiensten tussen hoofdhuis en vi wordt in het OESO-commentaar op art. 7 OMV Oud (par. 37 en 38) opgemerkt dat de kosten van deze diensten (inclusief strategisch management) worden toegerekend zonder een winstopslag in aanmerking te nemen. Van deze

14 Zie ook F.P.G. Pötgens en L.J. de Heer, 'Het internationaal publiekrechtelijke effectiviteitsbeginsel en kwalificatieconflicten', *WFR* 2010, p. 1024.

15 Bij financiële instellingen vallen de 's.p.f.'s' voor de toerekening van het economisch eigendom van

activa en de 's.p.f.'s' voor de toedeling van risico's veelal samen. Het PE-Report spreekt bij financiële instellingen dan ook van 'key entrepreneurial risk-taking'-functies.

16 Zie nader over het begrip 's.p.f.'s' o.a. Oosterhoff, 'The True Import-

tance of Significant People Functions', *ITP* maart/april 2008, p. 68 e.v., en Kamphuis, Permanent Establishment, Significant People Functions and Functional Ownership: The New Motto in Transfer Pricing, *Tax Management Transfer Pricing Report*, 2008/7, p. 300 e.v.

INTERNATIONAAL EN EUROPEES

hoofddregel kan worden afgeweken indien de desbetreffende diensten ook meer dan incidenteel aan niet-gelieerde partijen worden verleend of indien de diensten de belangrijkste activiteit van de onderneming vormen. De staatssecretaris hanteert de opvatting dat in geval van interne dienstverlening tussen hoofdhuis en vi, evenals bij de toepassing van art. 9 OMV, in beginsel altijd een winstopslag in aanmerking dient te worden genomen. Bij de toepassing van verdragen die niet zijn gebaseerd op het nieuwe art. 7 OMV merkt het Besluit op dat de Belastingdienst zich 'soepel' zal opstellen. Dat betekent concreet dat met betrekking tot in het OESO-commentaar genoemde diensten toerekening van kosten aan een vi zowel op basis van alle relevante werkelijke kosten zonder winstopslag als tegen een prijs gebaseerd op het arm's length-beginsel in principe als passend zal worden aangemerkt. Voor verdragen met art. 7 OMV Nieuw kan er geen twijfel meer bestaan over de toepassing van het arm's length-beginsel bij interne concerndiensten. Wel blijft het beleid, zoals geformuleerd in het besluit van 21 augustus 2004, nr. IFZ2004/680M, overeind waarbij het toegestaan is om zonder winstopslag alle relevante werkelijke kosten door te belasten in het geval het bepaalde, ondersteunende diensten betreft.

6.3. Immateriële vaste activa

Par. 34 OESO-commentaar op art. 7 OMV Oud is in het verleden vaak uitgelegd¹⁷ als een verbod op het berekenen van interne, fictieve royaltyfees tussen het hoofdhuis en de vi. De staatssecretaris is echter van mening dat bij art. 7 OMV Oud geen sprake is van een absoluut intern royaltyverbod. Indien aannemelijk kan worden gemaakt dat de kosten van de ontwikkeling van de immateriële vaste activa aan slechts één deel van de onderneming toe te rekenen zijn, is er naar de mening van de staatssecretaris ook onder art. 7 OMV Oud geen sprake van een absoluut intern royaltyverbod. De staatssecretaris hanteert daarbij als uitgangspunt om in de relatie hoofdhuis- vi zoveel mogelijk een systematiek te hanteren die leidt tot een uitkomst die gelijk is aan de uitkomst in gelijksoortige situaties bij ongelieerde ondernemingen. Voor zowel de allocatie van zelfontwikkelde als aangekochte immateriële vaste activa is op grond van het Besluit doorslaggevend welk deel van de onderneming op basis van de 's.p.f.'s de actieve beslissingen neemt ten aanzien van het aangaan en het

beheren van de risico's met betrekking tot de immateriële vaste activa. De staatssecretaris ziet dus blijkbaar voor de allocatie van immateriële vaste activa geen verschil tussen de oude en nieuwe OESO-benadering. Het is vreemd waarom bij concerndiensten wel een soepele houding wordt aangenomen in situaties waarin art. 7 OMV Oud van toepassing is en bij de allocatie van immateriële vaste activa niet. Uiteraard dient afgewacht te worden in hoeverre de Hoge Raad dit standpunt van de staatssecretaris onder art. 7 OMV Oud zal volgen.

6.4. Financiële transacties

Het verbod op het in aanmerking nemen van interne rente tussen hoofdhuis en vi, zoals dat nog is opgenomen in het OESO-commentaar bij art. 7 OMV Oud (par. 41 en 42, zie ook hiervoor onder 4.3), is onder het nieuwe artikel 7 OMV komen te vervallen. Op grond van het PE-Report kunnen interne interest dealings slechts worden erkend indien en voor zover er sprake is van treasury-activiteiten die als 's.p.f.'s kunnen worden aangemerkt. In de visie van de staatssecretaris kunnen de interest dealings slechts consequenties hebben voor het belonen van de treasury-functie en niet voor de toerekening van de hoeveelheid eigen en vreemd vermogen. Omdat de staatssecretaris voor de toerekening van eigen en vreemd vermogen de Capital Allocation Method respectievelijk de Fungibility Approach voorstaat (zie hiervoor par. 4.2), kan er geen situatie ontstaan waarbij de vi meer vreemd vermogen krijgt toebedeeld dan daadwerkelijk door de onderneming van externe partijen (gelieerd of ongelieerd) is geleend. Het bestaan van een treasury-functie kan dientengevolge in deze visie niet leiden tot het alloceren van een rentelast met betrekking tot een lening die niet van externe partijen (gelieerd of ongelieerd) afkomstig is.

Het bestaan van een treasury-functie leidt niet automatisch tot een interest dealing. Het Besluit legt daarbij vast dat afhankelijk van de specifieke feiten en omstandigheden zoals geconstateerd bij de functie-analyse de beloning voor de treasury-afdeling ook kan worden vormgegeven door middel van een fictieve doorbelasting van kosten met een daarbij passende winstopslag. Op grond van de keuze voor de toerekening van eigen en vreemd vermogen op grond van de Capital Alloca-

17 Zie Van Raad, Studenteneditie 2009 – 2010, *Cursus Belastingrecht* (Internationaal Belastingrecht).

Kluwer, Deventer 2009, onderdeel 2.9.2.C.

tion Method respectievelijk de Fungibility Approach ziet de staatssecretaris ook geen mogelijkheid dat nog een rentelast of rentebate op een interne schuld of vordering als gevolg van goederenleveranties en/of diensten in aanmerking kan worden genomen. Het is de vraag of dit automatisme met zo veel woorden uit het PE-Report kan worden afgeleid.

7. Specifieke onderwerpen

7.1. Materiële vaste activa

Bij de allocatie van materiële vaste activa aan de vi kan geen toerekening plaatsvinden op basis van het juridische eigendom. Om die reden gaat het PE-Report (par. 72 t/m 74, Part I) op zoek naar de economisch eigenaar. Voor de toerekening van de economische eigendom van materiële vaste activa gaat het OESO-commentaar uit van de plaats van feitelijk gebruik ('place of use'), tenzij bijzondere omstandigheden een andere benadering rechtvaardigen.

In het Besluit wordt als bijzondere omstandigheid die een andere benadering rechtvaardigt, genoemd de tijdelijke terbeschikkingstelling aan de vi. Daarbij wordt verwezen naar het zgn. baggarrest (HR 23 januari 1973, nr. 17.237, BNB 1986/100). Bij duurzame terbeschikkingstelling aan de vi wordt de vi beschouwd als de economische eigenaar van de materiële vaste activa. Is er slechts sprake van een tijdelijke terbeschikkingstelling, dan dient de vi als huurder van het activum te worden beschouwd, en het hoofdhuis als verhuurder. Daarmee lijkt op het eerste gezicht een duidelijk onderscheid te worden aangebracht. Probleem is dat noch het Besluit, noch de jurisprudentie duidelijk maken wanneer nu sprake is van tijdelijke c.q. duurzame terbeschikkingstelling. Dit knelt in de praktijk met name in situaties waarbij ook de vi zelf als tijdelijk is aan te merken, bijvoorbeeld omdat sprake is van de toepassing van art. 5, lid 3, OMV (de zogenoemde temporele vi).

7.2. Financiële activa

Voor financiële vaste activa (zoals liquide middelen en vorderingen) geldt volgens het Besluit dat de economische eigendom aan de vi wordt gealloceerd indien de 's.p.f.'s met betrekking tot het aangaan en beheren van de risico's ten aanzien van deze activa door de vi worden uitgeoefend.

Een uitzondering op deze allocatieregel formuleert het Besluit voor financiële activa die worden aangehouden met een specifieke bestemming zoals een geplande overname of een geplande dividenduitkering. In dat geval dienen deze activa niet te worden toegerekend aan de vi als daar de beslissing niet is genomen om deze middelen hiervoor aan te wenden.

7.3. Aandelen in dochtervennootschappen

Voor de toerekening van aandelen in dochtervennootschappen worden in het verzamelbesluit inzake de dividendbelasting (besluit van 15 januari 2011, nr. DGB2010/8223M, NTFR 2011/411) aparte toerekeningsregels gegeven, waarbij uitdrukkelijk wordt aangesloten bij de toerekeningsregels zoals in het onderhavige Besluit voor art. 7 OMV zijn geformuleerd. Dat betekent dat ook de toerekening van aandelen aan de vi plaatsvindt op basis van de functieanalyse, waarbij wordt aangesloten bij de plaats waar de 's.p.f.'s ten aanzien van het economische belang bij de aandelen worden uitgeoefend. Voor toerekening van aandelen aan de vi is in elk geval vereist dat de vi 'zelfstandig verantwoordelijk is en beslist – binnen het kader van normale concernbemoeienis – ten aanzien van alle werkzaamheden die samenhangen met of voortvloeien uit het verwerven, houden, beheren en vervreemden van de aandelen in de vennootschap en het uitoefenen van de daarmee samenhangende bevoegdheden'. Toerekening kan slechts plaatsvinden indien voldaan wordt aan de volgende drie voorwaarden:

- 1 Het buitenlandse lichaam drijft een onderneming in Nederland door middel van een vi.
- 2 De werkzaamheden van de vi worden uitgevoerd door ter zake gekwalificeerd personeel. Dit personeel verricht de werkzaamheden in en vanuit Nederland.
- 3 Er bestaat een directe samenhang tussen de bedrijfsuitoefening van de vi en de bedrijfsactiviteiten van de vennootschap waarvan de aandelen aan de vi worden toegerekend.

In de literatuur¹⁸ wordt ons inziens terecht de vraag gesteld waarom de staatssecretaris in dit nieuwe verzamelbesluit andere voorwaarden heeft geformuleerd dan de Hoge Raad in zijn arrest van 20 december 2002, nr. 37.652, NTFR 2003/54, BNB 2003/246.

18 I.J.J. Burgers, 'Nederlands verdragsbeleid inzake de onderneming',

MBB 2011/4, p. 159.

INTERNATIONAAL EN EUROPEES**7.4. De agent als vaste vertegenwoordiger**

In het PE-Report (zie D5 van Part I) wordt een lang-slepende kwestie opgelost met betrekking tot de vraag of er wel winst kan worden toegerekend aan een 'agenten'-vi. Bij het aanmerken van een afhankelijke agent als vaste vertegenwoordiger ontstaan er in feite twee belastingplichtigen: de onderneming van de afhankelijke agent ('dependent agent') en de vi van de buitenlandse opdrachtgever ('dependent agent PE'). Op grond van het PE-Report gelden voor de winstallocatie aan de vi van de buitenlandse opdrachtgever dezelfde regels als bij een 'gewone' vi. Niettemin stelt de staatssecretaris in het Besluit dat – gelet op het uitgangspunt dat de agent in de uitoefening van zijn eigen onderneming at arm's length beloond dient te worden – er 'normaliter' geen aanleiding is om daarnaast winst toe te rekenen aan een eventueel te constateren vi van de buitenlandse opdrachtgever. Indien echter de buitenlandse opdrachtgever met haar eigen personeel 's.p.f.'s' uitoefent door middel van een vi dient daar in de visie van de staatssecretaris wel winst aan toe te worden gerekend.

7.5. Zekerheid vooraf

Aangezien het PE-Report aan de OESO-lidstaten de nodige keuzes laat en op een aantal plaatsen niet echt uitblinkt in duidelijkheid, is het, ondanks het verschijnen van dit Besluit, niettemin van groot belang dat belastingplichtigen vooraf zekerheid kunnen krijgen over de winstallocatie aan hun vi's op grond van de AOA. In par. 5.4 van het Besluit wordt de mogelijkheid tot zekerheid vooraf uitgewerkt, waarbij voor de competentie wordt aangesloten bij de twee stappen van de AOA, te weten 1. allocatie van activa en risico's op basis van de functionele analyse, en 2. 'pricing' van de transacties met groepsvennootschappen/hoofdhuis/overige vi's naar analogie van de principes zoals neergelegd in de TP Guidelines. Een verzoek ter verkrijging van zekerheid vooraf over de winstallocatie aan vi's dient in eerste instantie te worden gericht aan de competente inspecteur. In de gevallen waar het betreft de keuzes die worden gemaakt in de tweede stap van de AOA dient de competente inspecteur het verzoek voor te leggen aan het APA-/ATR-team van de Belastingdienst/Rijnmond voor een bindend advies. In de gevallen waar het slechts een verzoek tot goed-

keuring betreft van de keuzen die worden gemaakt in stap 1 stemt de competente inspecteur het verzoek af met de Coördinatiegroep Verrekenprijzen teneinde de eenheid van beleid en uitvoering te waarborgen. In het geval de belastingplichtige zekerheid wil hebben ten aanzien van zowel stap 1 als stap 2 van de AOA, dan kan hij ook verzoeken om een Advance Pricing Agreement. Indien het gaat om zekerheid vooraf over de toerekening van aandelen aan een vi in Nederland dan wordt een dergelijk verzoek afgehandeld op basis van het besluit van 11 augustus 2004, nr. IFZ2004/125M, NTFR 2004/1243, BNB 2004/404. Dit betekent concreet dat het verzoek bij de competente inspecteur kan worden ingediend, maar deze het verzoek voor een bindend advies zal dienen voor te leggen aan het APA-/ATR-team. De beoordeling van dergelijke verzoeken vindt plaats aan de hand van het hiervoor (par. 7.2) genoemde gelijktijdig met dit Besluit uitgebrachte besluit van 15 januari 2011, nr. DGB2010/8223M, NTFR 2011/411.

8. Inwerkingtreding

Het Besluit is op 28 januari 2011¹⁹ in werking getreden, maar aangezien de staatssecretaris zijn visie op het nieuwe art. 7 OMV zowel wil toepassen op nieuwe verdragen waarin het nieuwe art. 7 OMV is opgenomen als ook (zie hiervoor par. 2) op bestaande verdragen met het oude art. 7 OMV, heeft deze inwerkingtredingsdatum praktisch weinig betekenis.

9. Conclusies

Het Besluit beoogt duidelijkheid te scheppen inzake winsttoerekening aan vi wat uiteraard de rechtszekerheid ten goede komt. Ook de publicatie van het Besluit op korte termijn na het verschijnen van art. 7 OMV Nieuw is prijzenswaardig. Op een aantal onderdelen neemt het Besluit een standpunt in dat in strijd is met de jurisprudentie (o.a. de keuze voor de Fungibility Approach bij de toerekening van interestlasten, het primaat voor de kapitaaltoerekening en het niet-accepteren van een 'dealing' bij interne schulden c.q. vooreringen als gevolg van goederenleveranties en/of diensten) zodat het twijfelachtig is of dit doorwerkt naar (in 2008) bestaande belastingverdragen. De voorkeur voor de Capital Allocation Approach bij allocatie van eigen vermogen aan

¹⁹ De dag na de datum van uitgifte van de *Staatscourant* waarin het Besluit is geplaatst.

een vi is niet in overeenstemming met het PE-Report dat ook het gebruik van de Thin Capitalisation Approach toestaat buiten de situatie dat de generale onderneming niet geheel at arm's length is gefinancierd. In die zin heeft het Besluit dan ook een beperkte reikwijdte. Mogelijk dat echter op korte termijn een update van het Besluit noodzakelijk is, nu de staatssecretaris in de Fiscale agenda²⁰ heeft aangekondigd om de huidige vrijstellingsmethode voor v.i.-winsten om te vormen naar een objectvrijstelling. Wellicht is dat een goede gelegenheid om een aantal standpunten uit het Besluit te heroverwegen.

Pötgens²¹, Stevens²²

20 Fiscale agenda, Naar een eenvoudiger, meer solide en fraudebestendig belastingstelsel, o.a. gepubliceerd in *NTFR* 2011/835, V-N 2011/22, p. 26. Een wetsvoorstel zou in het derde kwartaal 2011 bij

de Staten-Generaal worden ingediend.
21 Prof.mr. F.P.G. Pötgens is hoogle-
raar in het Internationale en Euro-
pese Belastingrecht aan de Vrije
Universiteit Amsterdam en belas-
tingadviseur bij De Brauw Black-

stone Westbroek N.V. te
Amsterdam.
22 Prof.mr. A.J.A. Stevens is hoogle-
raar Internationaal Belastingrecht
aan de Erasmus Universiteit Rotter-
dam en belastingadviseur bij
Loyens & Loeff N.V. te Rotterdam.